**Positivism and the Separation of Law and Morals, ה.ל.א הארט**

לדעת הארט, העיקרון שמאפיין את הפוזיטיביזם הוא ההפרדה בין משפט למוסר. מדוע לדעתו ההבחנה חשובה?

המאמר נכתב בארה"ב, לאחר עימות עם לון ל. פולר[[1]](#footnote-1). פולר טען כי החוק בעל מוסריות פנימית הגוררת התנהלות מסוימת שהיא מוסרית בבסיסה (כמו פומביות) ובלעדיה החוק איננו (שכן לא ניתן לציית לו). לפי הארט, בגישה הפוזיטיביסטית, קיימת הפרדה מוחלטת בין המשפט למוסר- כללים משפטיים לא בהכרח יבוססו על קרקע מוסרית

**ההבחנה חשובה לדעת הארט, משום שבאמצעותה יוכל האדם להבין את משמעות החוק באופן הנכון- האם חוק מסוים הוא טוב או רע**. בעולם בו החוק=מוסר, עלולה להיווצר צייתנות עיוורת לחוק שתפגע ביכולת להבחין האם חוק טוב/רע ואף שהמשפט יחליף את "ערך המוסר". גם האבחנה בין עקרונות האל (פוזיטיביזם מוסרי) לבין עקרונות תועלתניים מאפשרת לעשות כן. המשפט קיים ודיון במהות ערכו והתאמתו למוסר הרווח היא נפרדת.

מהו יחסו של הארט לביקורת כנגד תורת הפקודה? מהם נימוקיו כנגד תורת הפקודה?

לדעת הארט, ההתנגדות לפוזיטיביזם אינה נוגעת להפרדה בין המוסר לחוק, אלא לתורת הפקודה של אוסטין המגדירה את "החוק" כציווי של הריבון (בעל המרות על הציבור), הגוררת סנקציה. **עם ביקורת זו, הארט מסכים.** לטעמו, יש מס' בעיות בתורת הפקודה:

1. אוסטין מתמקד **במונח הסנקציה**, ולא נוגע בהיבטים רחבים יותר של המשפט.
2. שאלות הנוגעות **להמשכיות הריבון**. אם ריבון מסוים הוא מי שמצייתים לו דרך קבע, מה קורה כשהריבון מתחלף- האם החוקים תקפים? כיצד יודעים כשריבון מתחלף?
3. ישנה בעייתיות **בזיהוי הריבון**. לדוג', האם הריבון הוא מי שמצייתים לו דרך קבע? האם הריבון יכול להיות גורם שנמצא מחוץ לטריטוריה בה חיים האזרחים המצייתים?
4. אוסטין קובע שהריבון עצמאי ובלתי-כפוף לחוק (ביסוס "החוק" על ריבונות אבסולוטית-רודנות). גישה זו יוצרת **חוסר התאמה** **לערכים דמוקרטיים**- כיום הריבון לרוב אינו עצמאי אלא כפוף לחוק, שכן אין ריבונות בלתי-מוגבלת (גם החוק הפלילי, המתאים ביותר לפקודה, חל על הריבון).. בניגוד לו, הארט סובר כי הפוזיטיביזם תקף ללא ריבון אבסולוטי. גם בתי-המשפט מחזיקים במעמד עצמאי ואינם כפופים לריבון- המשכיות סמכות החקיקה האופיינית למשפט המודרנית, אינה עולה בקנה אחד עם רודנות

לכן, הארט מניח הצעה לפוזיטיביזם "משופר": כללים חברתיים להתגברות על הבעיות הללו, שמקורן אינו בהפרדה.

מהי הביקורת נגד הפוזיטיביזם בעקבות מלחמת העולם השנייה?

במאמר עולות שלוש עמדות ביקורת:

1. ביקורת **כללית** שהתנגדה לפוזיטיביזם בהנחה שההפרדה כפופה לתורת הפקודה ולמחקר אנליטי.
2. ביקורת **אמפירית** של הגישה **הריאליסטית[[2]](#footnote-2)**- לפיה, המציאות מוכיחה שהמשפט אינו נפרד מהמוסר ועל כן הגישה הפוזיטיבית אינה נכונה למציאות הנוכחית. משום שהחוק הוא כללי ובהכרח יהיו מקרים חריגים לו, על השופט מוטלת מלאכה לקבוע תחומי מותר/אסור על-בסיס ערכים של מוסר. כלומר, מקור החוק הוא בפסיקה ולא בחקיקה. ההפרדה של הפוזיטיביזם עשויה להיות רלוונטית לגרעין המשפט אך לא להתנהלות ביהמ"ש בפועל. הריאליזם מציג דוג' של איסור כניסת כלי רכב לפארק ציבורי: וודאי שהאיסור תקף על מכונית. אולם, הדין לגבי אופניים אינו מוכרע. הפוזיטיביזם מתעלם מכך, שעולה מצב ספציפי בתוך נורמה משפטית כללית.
3. ביקורת **ערכית**. בסיסה בידיו של רדברוך[[3]](#footnote-3), לפיו, קשר הדוק קיים בין המוסר למשפט וחוק שאינו מוסרי לא יכוללהיחשב חוק. הסיבה היא שהפרדה כזו מהווה כר פורה למצבים שליליים. ולראיה, ההפרדה בין המוסר למשפט בגרמניה, היא שאפשרה את עליית המשטר הנאצי.

כיצד מגיב הארט לביקורת נגד הפוזיטיביזם?

הארט, כנקודת מוצא, קובע שהפוזיטיביזם מכיר בקשר הקיים בין המוסר למשפט, שכן לעיתים **מוסר משפיע על התפתחות המשפט**. לטעמו, המתנגדים לפוזיטיביזם סבורים כי מדובר בהתעלמות מוחלטת מהמוסר. ואולם, **מטרת** **ההפרדה וייעודה היא לאפשר ביקורת על המשפט.** המשפט יכול לשאוב מן המוסר, אך הוא אינו בהכרח כרוך בו. לו המשפט היה כרוך במוסר בהכרח, **לא היה ניתן לבקרו שכן היה נתפס בהכרח כמוסרי.** מציג את הגישות של אוסטין ובנת'האם כביטוי להסכמתו.

נגד הביקורת **הכללית**, טוען כי הציבור עשוי להתנגד לפוזיטיביזם, אך לא לטענת ההפרדה. כלומר, **שולל מכל את הביקורת נגד טענת ההפרדה של המשפט והמוסר אך מקבל את ההתנגדות הכללית לפוזיטיביזם שנובעת מהתנגדות להגדרת "החוק" של אוסטין (תורת הפקודה)**. מפורט לעיל בשאלת היחס של הארט לתורת הפקודה.

נגד הביקורת **האמפירית** (ריאליסטית) הטוענת שהמציאות מוכיחה שאין הפרדה, טוען הארט כי **זוהי טענה שגויה, והמציאות לא מעידה על קשר מחייב בין המוסר למשפט**. שופט יכול לקבל החלטות כשיש עמימות בחוק, גם מבלי להסתמך על עקרונות מוסריים (בפרשנות לשונית שטחית, בפרשנות תכליתית או לפי המוסר הנוהג **הפוזיטיבי** שאינו מוסר של משפט הטבע). ההפרדה היא הבסיס הנורמטיבי- אין צורך במוסר בכל תחומי המשפט, ניתן לעשות כן במידה והשופט מעוניין. מכאן **שעיקרון מוסרי אינו בהכרח חוק, חוק יכול להיות מוסרי, וחוק שאינו מוסרי לא בהכרח בלתי-תקף.**

נגד הביקורת **הערכית**, לפיה ההפרדה מובילה לתוצאות שליליות, טוען הארט כי אדרבא, הפוזיטיביזם אינו מוביל לתוצאות שליליות ואף עשוי להוביל לתוצאות חיובית, בניגוד לגישה שאינה מפרידה, שעלולה להוביל לציות עיוור ולעיוורון מפני מעשים שליליים המתרחשים באצטלת "החוק". הטענה שההפרדה הובילה לעליית המשטר הנאצי, היא נאיבית- המשטר עלה בשל תהליכים היסטוריים.

כיצד, לדעתו, יכולה גרמניה להאשים פושעים נאצים שטוענים כי הם פעלו לפי החוק שהיה תקף באותה עת?

לדעתו, **ניתן להרשיע אדם שביצע מעשה בלתי-מוסרי באצטלת החוק שהיה בתקופה מסוימת, בהתבססות על חריג מוסרי- קיימת חובת אי-ציות מוסרית לחוק שאינו מוסרי, כשמדובר בחוק שאינו מוסרי באופן מוחלט. אמנם החוקים הנאצים היו חוקים, אך זה לא מתיר לאזרח לציית להם באופן עיוור.** על מקרים כאלו ניתן להחיל חקיקה רטרואקטיבית (באופן גלוי), שהיא אמנם שלילית (פוגעת בבהירות החוק) אך שלילי יותר הוא אי-ענישה של פושעי מלחמה. לדוג', אישה הלשינה על בעלה שדיבר רעה על השלטון הנאצי, וגרמה לשליחתו לקו החזית, שם נהרג. לאחר המלחמה, הועמדה לדין בעילת תביעת שווא, אך העלתה טענת הגנה כי היה זה החוק דאז, והיא פעלה לפיו ותו לא. ביהמ"ש קבע כי חוקי המפלגה הנאצי היו בלתי-מוסריים ומשכך נדרש לסרב לפעול לפיהם, ואותה אישה הורשעה. בדוג' זו, לעמדת הארט לא היה תוקף להוביל להרשעה- אמנם החוק לא היה חוק לפי המשפט הטבעי, אך בפועל היה קיים ותקף. בנוסף, ביהמ"ש חוקק רטרואקטיבית באופן סמוי, דבר שאינו מתקבל על הדעת.

אחת העמדות המיוחסות לפוזיטיביזם היא שהוא מחזיק בתפיסה מוסרית "נון-קוגניטיבית". לפי תפיסה זו, טענה ערכית, להבדיל מטענה עובדתית, אינה יכולה להיות מבוססת על הכרעה רציונלית. לפיכך, **טענה מוסרית איננה טענה רציונלית**. **מהי עמדתו של הארט**?

**הארט סובר כי טענה מוסרית אכן איננה רציונלית. המוסר הוא מערכת לא-רציונלית מבסיסו, משום שמבוסס על בחירה/החלטה חופשית ולא על עובדה. שאלות מוסריות הן שנויות במחלוקת ומחייבות בחירה חופשית בין אפשרויות שונות של התנהגות אנושית.** והרי, לא ניתן להסיק מסקנה מוסרית מתוך עובדות ("מצוי"). לדוג', השאלה האם רצוי להיות אדם דתי או לא, היא שאלה מוסרית שתשובתה נמצאת בליבו של כל אדם (האמונה אינה אבסורד כפי שהכפירה אינה אבסורד, אלא ששתיהן הן "הכרעה ערכית").

**לכן, טענות מוסריות אינן בסיס לנורמות משפטיות**. נוסף, נורמה משפטית חייבת להיות פומבית וניתנת לביסוס מדעי ואולם **המשפט הוא** **עובדה חברתית** שתוקפה הוא בבני האדם בלבד, ולא במשפט הטבע. **טענה משפטית שמבסיסה א-רציונלית אלא נובעת מרצון האדם**, היא מדוע ישנם חוקים בלתי-קבילים. שופט הקובע ע"פ מוסר ולא ע"פ עקרונות שטחיים, מפעיל שיקול-דעת שהוא בהכרח א-רציונלי. הש' ברק עמד על גישה זו בציינו כי, תאוריה משפטית פוזיטיבית לא תאפשר לביהמ"ש לבטל חוקים שחוקקה הכנסת[[4]](#footnote-4).

מכאן מסיק הארט כי **יש לנהוג במוסר בזהירות יתרה ולהפרידו מהמשפט, ע"מ שלא למנוע ביקורת על המשפט**, שכן איחודם יוביל לתפיסה עיוורת שהחוק הוא בהכרח מוסרי.

1. L. Fuller, 'Positivism and Fidelity to Law–A Reply to Professor Hart,***Harvard Law Review*** 71(1958),630 [↑](#footnote-ref-1)
2. **הגישה הריאליסטית** עומדת על בחינת המציאות הקיימת, ולא הנורמטיבית [↑](#footnote-ref-2)
3. **גוסטב רדבורך** (1878-1949), משפטן גרמני, שר המשפטים בתקופת רפובליקת ויימאר. מאסכולת הפוזיטיביזם, שינה דרכיו בתום מלה"ע השנייה. [↑](#footnote-ref-3)
4. בג"ץ 142/89 **תנועת לאו"ר לב אחד ורוח חדשה נ. יושב ראש הכנסת ואח'** פ"ד מד(3) 529 (ניתן ביום 1 ביולי 1990) [↑](#footnote-ref-4)